Die Unterlassungsklage.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Carl Fischer
Referendar.

Liegnitz.
Druck von Carl Seyffarth.
1911.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.

Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Meinen Eltern.

Literatur-Verzeichnis.

Cosack: Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 4. Aufl. 1903.
Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 1900. 2. Bd. 1902.
Dernburg: Das bürgerliche Recht. 1. Bd. 3. Aufl. 1906. 2. Bd. 2. Abtl. 3. Aufl. 1906.
Dernburg: Privatrechtlicher Schutz der Ehre; in der Juristischen Wochenschrift. 1905. S. 161 ff.
Deutsche Juristen-Zeitung: 15. Jahrgang. 1910.
Eltzbacher: Die Handlungsfähigkeit nach deutschem Bürgerlichen Recht. Bd. 1: Das rechtswirksame Verhalten. 1903.
Eltzbacher: Die Unterlassungsklage. 1906.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1. Bd. 1903. 2. Bd. 1905.
Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 3. Aufl. 1908.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 25 (1890), 36 (1896), 38 (1897), 45 (1900), 48 (1901), 49 (1902), 50 (1902), 51 (1903), 54 (1903), 56 (1904), 57 (1904), 58 (1905), 60 (1905), 61 (1906), 64 (1907), 67 (1908), 69 (1909), 71 (1909).
Fischer: Recht und Rechtsschutz. 1889.
Fuld: Unterlassungsklage und Schadenersatzklage; im sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. 12. Bd. 1902. S. 257 ff.
Gaupp-Stein: Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. 8. u. 9. Aufl. 1. Bd. 1906. 2. Bd. 1908.
Gierke: Deutsches Privatrecht. 1. Bd. 1895.
Gierke: Die Grundzüge des deutschen Privatrechts; in Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie der Rechtswissenschaft. 6. Aufl. 1. Bd. 1904. S. 431 ff.
Hellmann: Klagerecht, Feststellungsklage und Anspruch; in Iherings Jahrbüchern. 31. Bd. 1892. S. 79 ff.
Hellwig: Anspruch und Klagrecht. Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozeßrecht. 1900.
Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1. Bd. 1903.
Hölder: Kommentar zum allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1900.
Hölder: Anspruch und Klagerecht; in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. 29. Bd. 1901. S. 50 ff.
Hölder: Ansprüche und Einreden; im Archiv für die ziv. Praxis. 93. Bd. 1902. S. 1 ff.

Hölder: Über das Klagerecht; in Iherings Jahrbüchern. 46. Bd. 1904. S. 265 ff.

Hölder: Zur Lehre vom Klagerecht; in Iherings Jahrbüchern. 51. Bd. 1907. S. 315 ff.

Ihering: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 3. Teil. 1. Abtl. 4. Aufl. 1888.

Juristische Wochenschrift. 30. Jahrg. 1901. 31. Jahrg. 1902. 32. Jahrg. 1903. 34. Jahrg. 1905. 36. Jahrg. 1907. 37. Jahrg. 1908.

Kisch: Beiträge zur Urteilslehre. 1903.

Kohler: Ehre und Beleidigung; in Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. 47. Jahrg. 1900. S. 1 ff.

Kohler: Bürgerliches Recht; in Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie der Rechtswissenschaft. 6. Aufl. 1. Bd. 1904. S. 561 ff.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 1906.

Kohler: Prozeßrechtliche Forschungen 1889.

Langheineken: Der Urteilsanspruch. 1899.

Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.

Lau: Der Unterlassungsanspruch aus den §§ 823 ff. BGB.; in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. 47. Jahrg. 1903. S. 497 ff.

Lehmann: Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. 1906. (Abhandl. zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches; herausg. von Otto Fischer. 15. Bd. Heft 1).

Leonhard: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. 1900.

von Lippmann: Besprechung von: Lehmann, die Unterlassungspflicht und Eltzbacher, die Unterlassungsklage; in Gruchots Beiträgen. 51. Jahrg. 1907. S. 671 ff.

von Lippmann: Besprechung von: Stephan, die Unterlassungsklage; ebenda. 53. Jahrg. 1909. S. 447 ff.

von Lippmann: Zur Frage der Unterlassungsklage gegenüber den Bestimmungen der §§ 1054, — 1418, 1468, 1542, 1549, — 1495, 1557, — 1666, 1667, 1686, — 1886, 1895, 1897, 1915 — des Bürgerlichen Gesetzbuches; in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung, 75. Jahrg. 1910. S. 125 ff.

von Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 16. u. 17. Aufl. 1908.

Meyer: Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Unterlassungen; in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. 15. Bd. 1891. S. 477 ff.

Oertmann: Unterlassungsansprüche aus unerlaubten Handlungen? In der Deutschen Juristen-Zeitung. 9. Jahrg. 1904. S. 616.

Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906. (Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch von Biermann, v. Blume, Frommhold, Gareis, Niedner, Opet und Oertmann).

Pagenkemper: Unmöglichkeit und Verzug bei Unterlassungspflichten. Breslauer Diss. 1905.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. 1. Bd. 1903. 2. Bd. 1907. 3. Bd. 1906. 4. Bd. 1906.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches. 6. Bd. 1899.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan-Falkmann. Bd. 5. 1902.
Regelsberger: Pandekten. 1. Bd. 1893.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. 53. Bd. 1898.
Seufferts Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 10. Aufl. 1. Bd. 1907. 2. Bd. 1908.
Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. 1903.
Schultzenstein: Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen und Prozeßunfähigkeit; in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. 35. Bd. 1905. S. 475 ff.
Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3/4. Aufl. 2. Bd. 2. Teil. 1908.
Stein: Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage; in der Festgabe der juristischen Fakultät zu Halle für Fitting. 1902.
Stephan: Die Unterlassungsklage. 1908.
Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1. Bd. 1885.
Wach: Der Feststellungsanspruch; in der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Windscheid. 1889.
Weismann: Die Feststellungsklage. 1879.
Wendt: Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht; im Archiv für die zivilistische Praxis. 92. Bd. 1901. S. 1 ff.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.

Inhalts=Verzeichnis.

Einleitung.

Während im römischen Rechte nicht jedem subjektiven Rechte ein Rechtsschutzmittel entsprach, sondern dieses, die actio, durch das objektive Recht besonders gewährt werden mußte, sodaß ein praktisch verwertbares Recht tatsächlich nur der hatte, dem eine actio zur Seite stand, kann im heutigen Rechte grundsätzlich jeder Anspruch im Rechtswege gegen den, der ihn verletzt oder ihm die Anerkennung verweigert, durchgesetzt werden. Dieser Grundsatz ist nirgends ausgesprochen, er erscheint unserm heutigen Rechtsbewußtsein selbstverständlich. Soll diese Regel eine Ausnahme erleiden, so ist dies ausdrücklich im Gesetze bestimmt (§§ 222, 656, 762 BGB.).

Das Mittel zur Durchsetzung des Anspruchs ist die Klage. Es gibt drei Arten von Klagen, Verurteilungs-, Feststellungs- und Rechtsgestaltungsklagen, von denen hier nur die beiden ersten in Betracht kommen. Die Verurteilungsklage bezweckt Verurteilung des Beklagten zu einer Leistung, die Feststellungsklage die Herbeiführung eines richterlichen Ausspruches über das Bestehen oder Nichtbestehen eines privatrechtlichen Verhältnisses. Während jeder Anspruch die Grundlage einer Verurteilungsklage sein kann, kann er zu einer Feststellungsklage nur unter der besonderen Voraussetzung des § 256 ZPO. (Vorhandensein eines rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung) führen.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche (§ 194) ist Anspruch das Recht von einem andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. (Vgl. auch § 241 BGB.: Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen). Damit hat das Bürgerliche Gesetzbuch die Unterlassnngsansprüche den Ansprüchen auf eine positive Leistung gleichgesetzt. Ob dies im Hinblick auf die zwischen ihnen bestehenden Verschiedenheiten (so kann z. B. bei

Unterlassungsansprüchen von Leistung im eigentlichen Sinne und Erfüllung keine Rede sein) besonders glücklich ist, ist hier nicht zu entscheiden.

Der Unterlassungsanspruch kann nun ebenso wie jeder Anspruch auf positive Leistung die Grundlage einer Verurteilungs- und Feststellungsklage bilden; die Verurteilung würde hier auf Beseitigung einer Zuwiderhandlung gehen. Der Unterlassungsanspruch führt aber schließlich noch zu einer besonderen Art von Klage, der eigentlichen Unterlassungsklage. Diese unterscheidet sich von allen andern Klagen durch ihre im § 890 ZPO. festgesetzte Vollstreckung, nämlich Androhung und Vollstreckung von Geld- und Haftstrafen. Mit dieser Unterlassungsklage haben wir es in der folgenden Darstellung zu tun.

Abhandlung.

A. Die verschiedenen Theorien über die Unterlassungsklage.

I. Die Theorie des Reichsgerichts.

Eine allgemeine Regelung der Unterlassungsklage und ihrer Voraussetzungen ist nirgends erfolgt. Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist eine Unterlassungsklage nur in einzelnen Fällen anerkannt, im § 12 zum Schutze des Namens, im § 550 zum Schutze des Rechtes des Vermieters, im § 1004 (Eigentum), § 1017 (Erbbaurecht), § 1027 (Grunddienstbarkeiten), § 1065 (Nießbrauch an einer Sache), § 1090 (beschränkte persönliche Dienstbarkeiten), § 1227 (Pfandrecht an einer Sache), § 1134 (Hypothek), § 1192 (Grundschuld), § 1107 (Reallasten), § 862 (Sachbesitz), § 1029 (Besitz der Grunddienstbarkeiten), § 1090 (Besitz der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten). Weiter ist außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuches eine Unterlassungsklage ausdrücklich verliehen in den §§ 1, 3, 14, 16 des Gesetzes vom 7. Juni 1909 gegen den unlauteren Wettbewerb, weiter im § 37 des HGB. zum Schutze des Firmenrechts. Die Praxis hat ferner zum Schutze der durch die Gesetzgebung geschaffenen Rechte an unkörperlichen Gütern die Unterlassungsklage gewährt, so zum Schutze des Rechtes an einem Warenzeichen[1], an einem Gebrauchs-[2] und Geschmacksmuster[3], des Patentrechtes. Wir stehen nun vor der Frage: Ist die Unterlassungsklage auf die

[1] RGZ. Bd. 54, S. 414 ff.
[2] Ebenda Bd. 50, S. 111 ff.
[3] Seuff. Arch. Bd. 53, S. 353 ff. RGZ. Bd. 49, S. 33 f.

gesetzlichen Fälle zu beschränken oder kann eine allgemeine Unterlassungsklage angenommen werden? Das Reichsgericht und die Mehrzahl der Schriftsteller befürworten eine allgemeine Anwendung, allerdings mit sehr verschiedenen Begründungen.

Grundlegend für den Standpunkt des Reichsgerichts ist das Urteil vom 11. April 1901[1].

Eine Dampfschiffahrtsgesellschaft hatte einer Speditionsfirma, die mit einer Gruppe von Segelschiffen in Geschäftsverbindung stand, angedroht, sie werde die Interessenten der Seglergruppe durch Ausnahmetarife schädigen, um diese, die der Dampfschiffahrtsgesellschaft Konkurrenz machte, zur Aufgabe ihres Frachtverkehrs nach Brisbane zu zwingen. Der von der Speditionsfirma erhobenen Klage auf Unterlassung derartiger Androhungen gab das Reichsgericht statt.

Bei der Begründung ging es davon aus, daß in dem Verhalten der Beklagten ein Verstoß gegen § 826 BGB. zu finden sei; durch die Statuierung der Schadensersatzpflicht im § 826 sei auch eine Verbindlichkeit zur Unterlassung festgesetzt. Daraus folge für den Berechtigten, daß er die Möglichkeit haben müsse den Anspruch auf Unterlassung klageweise zu verfolgen. Zur weiteren Begründung weist das Reichsgericht auf das Gesetz vom 27. Mai 1896 zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs hin, das in mehrfachen Einzelbestimmungen (§§ 1, 6, 8) den Unterlassungsanspruch zulasse und „im Hinblick auf den inneren Zusammenhang und den gleichheitlichen Zweck beider Gesetze"[2] durch § 826 ergänzt werden müsse, ferner auf die frühere Rechtsprechung (RGZ. Bd. 25, S. 347; Bd. 38, S. 170, 379) und kommt so zu dem Ergebnis, daß beim Zutreffen der §§ 823 ff. ein durch Klage verfolgbarer Anspruch wenigstens da zu gewähren sei, wo ein unerlaubtes Verhalten bereits verwirklicht worden und weitere Eingriffe zu besorgen seien[3]. Dagegen lehnt das Reichsgericht die Deduktion des Vorderrichters ab, der den Unterlassungsanspruch aus § 249 BGB. ableiten wollte.

---

[1] RGZ. Bd. 48, S. 114.
[2] RGZ. Bd. 48, S. 120.
[3] RGZ. Bd. 48, S. 118.

Diesen Standpunkt hat das Reichsgericht in den Urteilen vom 10. Juli 1902 (JW. 1902, Beil. S. 264 Nr. 192), 11. November 1902 (JW. 1903, Beil. S. 11 Nr. 23), 14. Dezember 1902 (RGZ. Bd. 56, S. 286), 9. April 1904 (ebenda Bd. 57, S. 242), 21. Oktober 1904 (JW. 1905, S. 20 Nr. 19), 18. Januar 1905 (JW. 1905, S. 174 Nr. 15), 3. März 1905 (JW. 1905, S. 237 Nr. 25) festgehalten, und mehrere Oberlandesgerichte haben sich ihm angeschlossen, so das Oberlandesgericht Celle (Rechtspr. d. OLG. Bd. 5, S. 239) und das Oberlandesgericht Colmar (Rechtspr. d. OLG. Bd. 5, S. 386).

In den neueren Entscheidungen[1] geht das Reichsgericht noch einen Schritt weiter, indem es die Unterlassungsklage nicht nur bei unerlaubten Handlungen, sondern auch bei lediglich objektiv rechtswidrigem Eingriff gewährt. Während in der im 48. Bde. S. 114 abgedruckten Entscheidung es dahingestellt gelassen wurde, ob für die rechtliche Konstruktion des Unterlassungsanspruches die Analogie der negatorischen Klage zu verwerten sei, wird in diesen Entscheidungen ausdrücklich ausgesprochen, seine gesetzliche Grundlage finde jener Schutz in der analogen Anwendung der Vorschriften der §§ 12, 862, 1004 BGB.

In der Theorie findet das Reichsgericht einen eifrigen Verteidiger in Fuld[2]. Auch dieser hält es für undenkbar, daß es eine Gesetzgebung gebe, die zwar ein Recht des Schadensersatzes als Rechtsfolge einer unerlaubten Handlung festsetze, nicht aber das Recht des Beeinträchtigten Beseitigung der Beeinträchtigung und ihre Unterlassung zu fordern. Die Zulässigkeit der Unterlassungsklage leitet Fuld „aus dem Wesen der Rechtsverletzung, aus dem Charakter der unerlaubten Handlung" her und erklärt eine lediglich objektiv rechtswidrige Störung für hinreichend, eine Unterlassungsklage zu begründen.

Trotz vielfacher Anerkennung[3], die die Theorie des Reichsgerichts gefunden hat, kann sie bei näherer Prüfung ihrer Gründe nicht als richtig angesehen werden.

---

[1] RGZ. Bd. 60, S. 6; ebenda Bd. 61, S. 366; JW. 1907, S. 47 Nr. 8; ebenda S 505 Nr. 1; JW. 1908, S. 133 Nr. 1.

[2] Fuld, S. 257 ff.

[3] Endemann, Bd. 1, S. 1265; Planck, Bd. 2, S. 986; Enneccerus, Bd. 1, S. 1172; Gaupp-Stein, Bd. 2, S. 742.

Was die vom Reichsgericht angezogene frühere Rechtsprechung betrifft, so bietet diese dem Urteil keine Stütze. Die Entscheidungen Bd. 25, S. 347 und Bd. 38, S. 165 beziehen sich auf Fälle, die heute dem Gesetze gegen den unlauteren Wettbewerb unterstehen würden. Ebensowenig beweist die Entscheidung Bd. 38, S. 379 etwas für die streitige Frage; hier handelt es sich um den Anspruch auf Beseitigung eines die Nachbarn störenden Bordellbetriebes, einen Fall, der heute ohne weiteres nach § 249 BGB. ebenso entschieden werden würde[1], worauf später noch zurückzukommen ist.

Wie aus der früheren Rechtsprechung, so läßt sich auch aus den Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb eine allgemeine Unterlassungsklage nicht herleiten. Gerade der Umstand, daß hier eine Unterlassungsklage nur in bestimmten Fällen gegeben wird, weist doch darauf hin, daß sie nicht generell gewährt werden sollte[2]. Außerdem ist es nicht richtig, wenn das Reichsgericht auf den inneren Zusammenhang und den gleichheitlichen Zweck beider Gesetze verweist. Das Gesetz vom 27. Mai 1896 (jetzt vom 7. Juni 1909) hat die Bekämpfung des unerlaubten Wettbewerbes zum ausgesprochenen Zwecke, während die §§ 823 ff. BGB. gegen Schädigungen im allgemeinen gerichtet sind. Im übrigen lassen sich die Unterlassungsklagen dieses Gesetzes in durchaus befriedigender Weise daraus erklären, daß in ihnen ein absolutes Recht an dem Gewerbebetriebe anerkannt wird,[3] — eine Auffassung, der auch das Reichsgericht beigetreten ist[4].

Wenn das Reichsgericht ferner den Satz aufstellt, daß das Gesetz, wo es ein Recht gewähre oder eine Verpflichtung auferlege, auch die Möglichkeit geben müsse, den Anspruch hierauf, im vorliegenden Falle also den Anspruch auf Unterlassung, im Wege der Klage zu verfolgen, so ist dies insofern richtig, als im heutigen Recht, wie wir oben gesehen haben, grundsätzlich jeder Anspruch klagbar ist. Das Reichsgericht übersieht aber, daß die Auferlegung einer Verpflichtung keineswegs in allen

[1] Lau, S. 507; Oertmann, DJZ. 1904, S. 616; Stephan, S. 148.
[2] Lehmann, S. 125.
[3] Enneccerus, Bd. 1, S. 1174 Anm. 9.
[4] RGZ. Bd. 58, S. 29; Bd. 64, S. 156.

Fällen demjenigen, dem gegenüber die Verpflichtung besteht, ein Recht gibt auf Erfüllung dieser Verpflichtung zu klagen.

Durch dieses Gleichsetzen der Auferlegung einer Verpflichtung und der Gewährung eines Rechtes schließt sich das Reichsgericht, freilich unbewußt, der Lehre Eltzbachers vom Wesen des subjektiven Rechts an. Eltzbacher stellt den Satz auf, daß Recht „die Stellung dessen sei, zu dessen Gunsten die Rechtsnorm etwas vorschreibe, die begünstigende Seite der Rechtsnorm“ [1]. Da nach Ansicht des Reichsgerichts bei der Auferlegung einer Verpflichtung der Begünstigte stets das Recht hat, auf die Beobachtung des der Verpflichtung entsprechenden Verhaltens zu klagen, so ist klar, daß das Reichsgericht unter Recht eben nur die begünstigende Seite der Rechtsnorm verstehen kann [2].

Was die Eltzbachersche Theorie betrifft, so ist sie im Grunde nur eine Wiederaufnahme der von Jhering [3] aufgestellten These, daß Recht gleich dem rechtlich geschützten Interesse sei [4]. Lehmann [5] allerdings will zwischen den beiden Theorien einen Unterschied machen. Ob das berechtigt ist, kann hier dahingestellt bleiben, denn beide sind jedenfalls nicht aufrecht zu erhalten. Sie würden, und damit auch die Theorie des Reichsgerichts, durch ihre Einbürgerung dazu führen, alle irgendwie rechtlich geschützten Interessen als subjektive Rechte aufzufassen [6]. Den rechtlich geschützten Interessen, die wir auch Rechtsgüter nennen, kann ein subjektives Recht zugrunde liegen, es braucht aber nicht stets der Fall zu sein. Dies ergibt sich schon aus allgemeinen Erwägungen.

Zunächst ist zuzugeben, daß jede Rechtsnorm, mag sie nun dem öffentlichen oder Privatrecht angehören, im Interesse irgend einer Person erlassen ist. Ob dieses durch die betreffende Norm geschützte rechtliche Interesse jedoch ein subjektives Recht ist,

---

[1] Eltzbacher, Handlungsfähigkeit Bd. 1, S. 106, 107, 110, 111.

[2] Dies verkennt Enneccerus vollkommen, der die Eltzbachersche Theorie bekämpft, während er sich im übrigen dem Reichsgericht anschließt. (Enneccerus, Bd. 1, einerseits S. 1172 Anm. 1, andrerseits S. 1174.)

[3] Geist des römischen Rechts, Bd. 3, S. 327—50.

[4] Oertmann, DJZ. 1904, S. 619; Stephan S. 143.

[5] Lehmann, S. 64.

[6] Kipp bei Windscheid, Bd. 2, S. 959.

hängt davon ab, in welcher Weise dieses Interesse rechtlich geschützt ist. Nur dann liegt ein subjektives Recht vor, wenn der Begünstigte die Befugnis hat, selbständig diese Norm gegen den Verpflichteten geltend zu machen — diese Befugnis wird eben Anspruch genannt —, im anderen Falle nur ein rechtlich geschütztes Interesse, aus dem ihm aber kein Anspruch erwächst[1].

Erläutern wir dies an verschiedenen Beispielen. Das Strafgesetzbuch stellt im 27. Abschnitt des besonderen Teiles die gemeingefährlichen Verbrechen, wie Brandstiftung, Herbeiführung einer Überschwemmung usw., unter Strafe. Hier hat gewiß jeder einzelne Bürger ebenso wie der Staat ein Interesse an der Nichtverübung dieser Verbrechen, das durch die §§ 306 ff. StGB. rechtlich geschützt ist, aber er darf dieses Interesse nicht selbständig geltend machen (dies bleibt dem Staate vorbehalten), sondern höchstens den Staat auf die Verübung der Verbrechen aufmerksam machen. Ebensowenig hat eine in einer Fabrik beschäftigte Frau ein „Recht" darauf, nicht über die im § 137 der Gewerbeordnung vorgeschriebene Zeit hinaus beschäftigt zu werden.

Wie im öffentlichen Recht, so ist es auch im Bürgerlichen Gesetzbuch[2].

Der Unterschied zwischen „Recht" und „rechtlich geschütztem Interesse" tritt deutlich hervor, z. B. in den Verträgen zugunsten dritter. Wird vereinbart, daß die aus einem Vertrage geschuldete Leistung der Schuldner nicht an seinen Vertragsgegner, sondern an einen Dritten bewirken solle, so ist nach § 328 Abs. 2 BGB. in Ermangelung einer besonderen Bestimmung aus den Umständen, insbesondere aus dem Zweck des Vertrages, zu entnehmen, ob der Dritte ein Recht auf die Leistung erlangen soll. Hier hat der Dritte jedenfalls ein Interesse an der Leistung, das durch den dem Versprechensempfänger zustehenden Anspruch (§ 335) rechtlich geschützt ist, aber er hat nicht in jedem Falle das Recht selbst die Leistung im Klagewege zu beanspruchen, sondern nur dann, wenn ihm im Vertrage dieses Recht ausdrücklich oder stillschweigend gewährt ist. Ebenso zeigt

[1] Lehmann, S. 125; Stephan, S. 99.

[2] Oertmann, DJZ. 1904, S. 619; Stephan S. 147.

der Unterschied zwischen Vermächtnis und letztwilliger Auflage, daß jemand, der an der Erfüllung einer Rechtspflicht ein Interesse hat, durchaus nicht einen klagbaren Anspruch, ein subjektives Recht darauf zu haben braucht.

Der schlagendste Beweis für die Unrichtigkeit der Gleichstellung von Recht und rechtlich geschütztem Interesse ist jedoch der § 823 BGB. Der erste Absatz dieses Paragraphen gewährt einen Schadensersatzanspruch für den Fall der Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit, des Eigentums oder eines sonstigen Rechtes, der zweite Absatz gibt den gleichen Anspruch bei Verletzung eines Schutzgesetzes. Hier tritt klar zutage, daß das subjektive Recht nicht dasselbe ist wie „die Stellung dessen, zu dessen Gunsten die Rechtsnorm etwas vorschreibt" (Eltzbacher) oder wie ein „rechtlich geschütztes Interesse" (Jhering). Denn im Falle des zweiten Absatzes besteht ebenso ein Interesse an der Nichtverletzung wie bei dem ersten, und dieses Interesse ist gleichfalls rechtlich geschützt, nämlich durch die strafrechtlichen und sonstigen Schutzgesetze, deren Übertretung Absatz 2 unter Ersatzpflicht stellt. Nach der Eltzbacherschen und Jheringschen Theorie wären also diese rechtlich geschützten Interessen subjektive Rechte. Dann ist aber nicht einzusehen, weshalb Absatz 2 noch nötig wäre, da das Recht des durch das Schutzgesetz Begünstigten schon durch den Absatz 1 ausreichend geschützt ist. Absatz 2 würde also eine zwecklose Tautologie darstellen, da er dasselbe besagte wie Absatz 1 [1]. Die Gleichstellung der Auferlegung einer Verpflichtung und der Gewährung eines Rechtes ist somit falsch, und der Versuch des Reichsgerichts, auf diesem Wege eine Unterlassungsklage aus den §§ 823 ff. herzuleiten, ist also mißglückt.

Ganz entschieden zu verwerfen ist endlich die in den jüngsten Entscheidungen aufgestellte Behauptung, die Unterlassungsklage aus den §§ 823 ff. sei auch bei nur objektiv rechtswidrigen Eingriffen zu gewähren. Denn wenn das Reichsgericht den Unterlassungsanspruch aus den Bestimmungen über den Schadensersatz bei unerlaubten Handlungen herleitet, so kann er doch logischerweise nur unter denselben Voraussetzungen gewährt

[1] Stephan, S. 146.

werden wie der Schadensersatzanspruch, nämlich bei schuldhafter Verletzung.

Den gesetzlichen Grund für den Unterlassungsanspruch bei nur objektiv widerrechtlicher Verletzung findet das Reichsgericht in der analogen Anwendung der Vorschriften der §§ 12, 862, 1004 BGB. im Wege einer actio quasi negatoria. Es bestehen jedoch zwischen den negatorischen Ansprüchen aus absoluten Rechten und einem aus einer unerlaubten Handlung etwa abzuleitenden Unterlassungsanspruch so tiefgehende Unterschiede, daß es willkürlich ist, die Voraussetzungen für die Geltendmachung jener ohne weiteres auf diesen zu übertragen.

Das Geschütztsein gegen objektiv rechtswidrige Eingriffe gegenüber jedermann ist eine Eigenschaft der absoluten Rechte, die nur ihnen allein zukommt und ihre Eigenart bildet. Will man also die Unterlassungsklage aus unerlaubten Handlungen auch bei objektiv rechtswidriger Verletzung gewähren, so erhebt man damit alle Rechtsgüter, alle rechtlich geschützten Interessen, zu absoluten Rechten, eine Konstruktion, deren Unhaltbarkeit oben nachgewiesen worden ist.

II. Die Theorie Eltzbachers.

Nach dem bisher Gesagten ist also der Versuch des Reichsgerichts eine allgemeine Unterlassungsklage zu begründen nicht gelungen.

Einen anderen Weg schlägt Eltzbacher ein. Nach seiner Meinung ist überall, wo das Privatrecht irgendwelche auf Unterlassen gerichtete Ansprüche enthält, die Unterlassungsklage gegeben. Er folgert in höchst freier Anwendung des Grundsatzes der Analogie aus dem in den Bestimmungen über einzelne Unterlassungsklagen zutage tretenden Prinzip, daß überall, wo ein Privatrecht verletzt worden, bei einem Forderungsrecht trotz einer Abmahnung eine weitere Verletzung erfolgt sei, dem Berechtigten die Unterlassungsklage zu geben sei. Zwar seien sich die Verfasser des Gesetzbuches dessen nicht bewußt gewesen, doch liege es im Sinne der geschichtlichen Entwicklung wie der Tendenzen des Bürgerlichen Gesetzbuches dieses Prinzip in vollem

Umfange zur Geltung zu bringen[1]. Dementsprechend gewährt Eltzbacher die Unterlassungsklage in allen Fällen, in denen irgendein Anspruch auf Unterlassen in Frage kommt.

Auch diese Theorie ist nicht zu halten. Zunächst sind von allen Ansprüchen auf Unterlassen die unselbständigen, die nur die Kehrseite einer positiven Verbindlichkeit bilden und nur auf Grund und um der positiven Verpflichtung willen geschuldet werden, auszuscheiden. Ihnen ist die selbständige Klagbarkeit versagt[2]. Um ein Beispiel anzuführen, hat nach § 605 BGB. der Verleiher gegen den Entleiher einen Anspruch darauf, daß dieser von der Sache keinen vertragswidrigen Gebrauch mache. Nach Eltzbacher wäre also dem Verleiher ohne weiteres eine Klage auf Unterlassung zu gewähren. Dagegen spricht jedoch, daß nach § 605 der Verleiher in diesem Falle die Leihe ohne Frist kündigen kann, er also gar kein Interesse an einer selbständigen Klage auf Unterlassung hat[3]. Ein weiteres Beispiel gibt § 112 HGB. Danach haben die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft gegen einander einen Anspruch darauf, daß keiner das dort ausgesprochene Konkurrenzverbot verletze. Eltzbacher will ihnen bei Verletzung dieses Verbotes die Unterlassungsklage geben[4]. In diesem Falle ist sie jedoch vollkommen überflüssig, da im § 113 die Ansprüche der Gesellschafter genau festgelegt sind. Wenn Eltzbacher ferner dem Vermieter eines Hauses für den Fall die Unterlassungsklage geben will, daß der Mieter trotz aller Mahnungen immer wieder es unterläßt die Miete pünktlich zu zahlen, so ist „der Zweck und das Bedürfnis eines solchen Vorläufers der Beitreibung des Mietzinses nicht ersichtlich"[5]. In solchen Fällen (vgl. noch § 447 Absatz 2, § 644 Absatz 2, § 665, § 692, § 654 BGB.) ist die selbständige Unterlassungsklage nicht gegeben. In diesem Sinne hat sich auch das Reichsgericht in dem Beschluß der vereinigten

---

[1] Eltzbacher, Unterlassungsklage, S. 90—103.

[2] Lehmann, S. 90; v. Lippmann bei Gruchot, Bd. 51, S. 679.

[3] Planck, Bd. 2, S. 539; Wendt, Arch. f. d. ziv. Pr., Bd. 92, S. 8; a. A. Oertmann, S. 573; Crome, Bd. 2, S. 589 Anm. 26.

[4] Eltzbacher, Unterlassungsklage, S. 148.

[5] v. Lippmann bei Gruchot, Bd. 51, S. 681.

Zivilsenate vom 24. Januar 1910[1] ausgesprochen. Entgegen der Ansicht des dritten Zivilsenats vom 20. September 1907[2] heißt es hier, daß dem Prinzipal ein klagbarer Anspruch gegen den Handlungsgehilfen, der den Dienst vor Ablauf der Dienstzeit verlasse, darauf, während der Zeit, in der er sich dem Dienst fernhalte, einem andern Prinzipal keine Dienste zu leisten, nicht zustehe. Die Verpflichtung des Gehilfen sei auf positives Tun gerichtet, und die Erfüllungsklage des Prinzipals erschöpfe sich in dem Anspruch auf diese Leistung; er habe nicht daneben noch einen besonderen Klageanspruch auf Unterlassung des mit der Leistung Unvereinbaren. Natürlich kann nach dem Grundsatze der Vertragsfreiheit auch in den oben erwähnten Fällen ein selbständiger Unterlassungsanspruch ausbedungen werden. Die meisten von Eltzbacher[3] angeführten Beispiele betreffen auch tatsächlich Fälle, in denen eine selbständige Verpflichtung zur Unterlassung besteht. Ist aber eine solche Verpflichtung nicht eingegangen, so muß, soweit nicht das Gesetz selbst, wie z. B. im § 550, einen selbständigen Unterlassungsanspruch gewährt, ein solcher versagt werden.

Eltzbacher[4] meint ferner, die Unterlassungsklage schütze die Ansprüche auf ein Unterlassen, denen ein Schutzmittel mit enggegrenztem Anwendungsgebiet gegenüber den mannigfachsten Verletzungen zur Seite stehe, dort, wo dessen Voraussetzungen nicht gegeben seien. Er läßt dementsprechend die Unterlassungsklage zu auf dem Gebiete der Bestimmungen der §§ 1054, — 1418, 1468, 1542, 1549, — 1666, 1667, 1686, — 1495, 1557, — 1886, 1895, 1897, 1915 BGB.

Die Gewährung einer Unterlassungsklage in diesen Fällen würde aber dem Sinne und dem Zwecke des Gesetzes widersprechen[5].

Wenn § 1053 BGB. bestimmt, daß der Eigentümer auf Unterlassung klagen könne, wenn der Nießbraucher einen Gebrauch von der Sache mache, zu dem er nicht befugt sei, und den Ge-

[1] Deutsche Jur.-Zeit. 1910, S. 593.
[2] RGZ., Bd. 67, S. 3.
[3] Eltzbacher, Unterlassungsklage, S. 145.
[4] Eltzbacher, Unterlassungsklage, S. 253, 254.
[5] v. Lippmann bei Gruchot, Bd. 51, S. 680.

brauch ungeachtet einer Abmahnung des Eigentümers fortsetze, so wird dadurch ausgeschlossen, daß der Eigentümer auf Grund des § 1004 BGB. lediglich deshalb, weil weitere Beeinträchtigungen zu besorgen seien, ohne vorherige Abmahnung auf Unterlassung klagen könne, wie Eltzbacher dies will[1].

Weiter führt Eltzbacher zu den der Frau hinsichtlich ihres Vermögens und ihrer Vermögensrechte gewährten Schutzmitteln aus:

Die Klage der Frau auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung setze voraus, daß die von dem Manne drohende Rechtsverletzung ihr eingebrachtes Gut erheblich gefährden würde (§ 1418 BGB.), und die Klage auf Aufhebung der verschiedenen Arten der Gütergemeinschaft, daß der Mann ein Rechtsgeschäft, zu dem er der Genehmigung der Frau bedürfe, eigenmächtig vornehme, und daß für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung der Frau zu besorgen sei (§§ 1468, 1542, 1549 BGB.). Dagegen könne die Frau beim Güterstande der Verwaltung und Nutznießung auf Unterlassung klagen, auch wenn die von dem Manne drohende Rechtsverletzung ihr eingebrachtes Gut nicht erheblich gefährden würde, und bei den verschiedenen Arten der Gütergemeinschaft, auch wenn die drohende Rechtsverletzung weder in der eigenmächtigen Vornahme von Rechtsgeschäften bestehe noch die Frau überhaupt erheblich gefährde. Ebenso habe der in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebende Abkömmling die Unterlassungsklage gegenüber Rechtsverletzungen des überlebenden Ehegatten auch dann, wenn die zu befürchtende Vornahme weiterer Rechtsgeschäfte ohne seine Zustimmung ihn nicht erheblich gefährden würde, oder wenn das drohende rechtswidrige Tun gar nicht in der Vornahme von Rechtsgeschäften bestehe (entgegen § 1495 BGB.).

Dagegen ist zu sagen:

Wenn § 1394 BGB. bestimmt, daß die Frau Ansprüche, die ihr auf Grund der Verwaltung und Nutznießung gegen den Mann zustehen, erst nach Beendigung der Verwaltung und Nutznießung geltend machen könne, — es sei denn, daß die Voraussetzungen vorlägen, unter denen die Frau nach § 1391

[1] Planck, Bd. 3, S. 421; v. Lippmann bei Seuffert, S. 129.

Sicherheitsleistung verlangen könne —, so sollte damit vermieden werden, daß die Frau den Mann wegen eines jeden, wenn auch noch so kleinen, Verstoßes gegen seine Verwaltungspflichten solle belangen können[1]. Aus demselben Grunde, um nämlich im Interesse der Erhaltung des ehelichen Friedens Rechtsstreitigkeiten zwischen den Ehegatten zu vermeiden, überträgt § 1379 BGB. dem Vormundschaftsgericht die Ersetzung der von der Frau verweigerten Zustimmung zu einem Rechtsgeschäfte, zu dem der Mann der Zustimmung der Frau bedarf. Aus denselben Erwägungen muß aber auch eine Unterlassungsklage, wie sie Eltzbacher geben will, für unzulässig erachtet werden[2].

Ebenso liegt es nicht im Sinne des Gesetzes, daß bei den verschiedenen Arten der Gütergemeinschaft, auch wenn die Voraussetzungen, unter denen die Frau oder der Abkömmling auf Aufhebung klagen können, nicht vorliegen, in die Verwaltung des Mannes durch Erhebung der Unterlassungsklage eingegriffen werde.

Schließlich will Eltzbacher gegenüber den im Interesse des unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes und des Mündels angeordneten Schutzmaßregeln (§§ 1666, 1667, 1686, 1886, 1895, 1897, 1915 BGB.) dem unter elterlicher Gewalt stehenden Kinde bei Verletzungen seiner Rechte durch den elterlichen Gewalthaber die Unterlassungsklage gewähren, auch wenn diese Verletzungen weder sein leibliches oder geistiges Wohl noch sein Vermögen gefährden, und dem Mündel gegenüber Verletzungen des Vormundes und Gegenvormundes auch dann, wenn das zu befürchtende rechtswidrige Tun nicht derart sei, daß die Fortführung des Amtes das Interesse des Mündels gefährden würde.

Auch in diesen Fällen ist jedoch eine Unterlassungsklage unzulässig. Es handelt sich hier nicht um Klagerechte des Kindes oder Mündels und nicht um Maßnahmen, die in das Gebiet der streitigen Zivilrechtspflege fallen, sondern um die dem Vormundschaftsgericht, und zwar ausschließlich, gesetzlich zustehenden Befugnisse zur Sicherung des geistigen und leiblichen Wohls wie des Vermögens des Kindes[3]. Diese Befugnisse können

[1] Planck, Bd. 4, S. 170.

[2] v. Lippmann bei Seuffert, S. 131 f.

[3] v. Lippmann bei Gruchot, Bd. 51, S. 680 und bei Seuffert, S. 134.

aber nach unserem Rechte niemals den Gegenstand eines Zivilrechtsstreites bilden[1].

Auch nach Ausscheidung dieser Fälle wird man einer so weiten Ausdehnung der Unterlassungsklage, wie sie Eltzbacher befürwortet, nicht beistimmen können. Der Fehler seiner Theorie beruht hauptsächlich darauf, daß er neben den unmittelbar anerkannten Privatrechten auch „mittelbar anerkannte" annimmt. Diese leitet er entsprechend seiner Theorie von dem Rechte als der begünstigenden Seite der Rechtsnorm aus den vom Gesetz aufgestellten Schadensersatz- und Strafrechtsnormen her, und auch diesen mittelbar anerkannten Privatrechten gibt er bei ihrer Verletzung Unterlassungsansprüche; so gelangt er schließlich zu den Sätzen: „Überall, wo eine Vorschrift des Privatrechts an ein Unrecht zu jemandes Gunsten eine ausgleichende Rechtsfolge anknüpft, hat dieser ein Recht darauf, daß das Unrecht nicht begangen wird"[2], und „überall, wo eine Vorschrift des öffentlichen Rechts ein Verhalten um eines einzelnen willen vorschreibt, da hat dieser ein Recht darauf, daß ein solches Verhalten auch wirklich stattfindet"[3]. Daß jedoch die Eltzbachersche Theorie vom Wesen des subjektiven Rechts, auf die seine Unterlassungsklage sich gründet, falsch ist, ist schon oben ausgeführt.

Zu welchen unhaltbaren praktischen Ergebnissen schließlich Eltzbachers Anschauung führen würde, sei noch kurz an einem Beispiel nachgewiesen. Nach Eltzbacher ergibt sich daraus, daß ein Ehegatte im Falle des Ehebruchs auf Scheidung klagen kann, ein Recht des Ehegatten auf eheliche Treue[4]. Bei Verletzung dieses Rechtes könnte somit nach seiner Ansicht der andere Ehegatte auf Unterlassung weiteren Ehebruches klagen, sowohl gegen den anderen Ehegatten als gegen den Dritten, mit dem der Ehebruch begangen worden ist.

Eine Gewährung der Unterlassungsklage in einem solchen Falle würde aber durchaus dem sittlichen Charakter der Ehe widersprechen, den auch die Rechtsordnung durch die Gestaltung

---

1 RGZ. Bd. 69, S. 94.
2 Unterlassungsklage, S. 112.
3 Unterlassungsklage, S. 118.
4 Unterlassungsklage, S. 113.

der rechtlichen Beziehungen der Ehegatten zu einander wie zu dritten anerkannt hat. Der Ehebruch gibt nur das Recht, die Ehescheidung zu betreiben und nach Lösung der Ehe die Bestrafung des schuldigen Ehegatten sowie des Störers der Ehe herbeizuführen. Will der verletzte Ehegatte aber über den Ehebruch hinwegsehen, so bleibt ihm nur das Mittel, durch Einwirkung auf den andern Ehegatten diesen den Versuchungen zum Bruch der ehelichen Treue zu entziehen. Eine Klage auf Unterlassung weiteren Ehebruchs ist aber sowohl gegen den andern Ehegatten als auch gegen den Dritten unzulässig[1].

Auch auf dem von Eltzbacher eingeschlagenen Wege kommen wir also nicht zum Ziele.

III. Stellungnahme des Verfassers.

Beide Theorien, die des Reichsgerichts wie die Eltzbachers beruhen schon deshalb auf falschen Grundlagen, weil sie nicht scharf zwischen dem Unterlassungsanspruch aus unerlaubter Handlung als aus schuldhaftem Verhalten und dem auf Grund lediglich objektiv rechtswidriger Verletzungen unterscheiden. Will man also zu einem besseren Ergebnis kommen, so sind diese beiden Fälle scharf auseinander zu halten. Dies gilt auch z. B. für folgenden Fall.

Ein Handlungsagent, X., hat für die offene Handelsgesellschaft Y. u. Co. Geschäfte geschlossen; er hört, daß der eine der drei Gesellschafter, Y., einem andern Kaufmann, der sich über Fähigkeiten und Leistungen des X. erkundigt habe, erklärt habe: X's Verhalten gegen unsere Firma war gemein und treulos.

Zunächst sei unterstellt, Y. habe die Unwahrheit seiner Behauptung gekannt oder infolge von Fahrlässigkeit nicht gekannt. Im ersten Falle ergibt sich seine Pflicht zum Schadenersatze aus § 823 Absatz 2 BGB. in Verbindung mit §§ 186, 187 StGB., im zweiten aus § 824 Absatz 1 BGB. Woraus kann man hier einen Unterlassungsanspruch herleiten?

Das Gesetz erwähnt in dem Titel über unerlaubte Handlungen nirgends die Unterlassungsklage, vielmehr wird zwischen den Beteiligten ein Schuldverhältnis erzeugt, gerichtet auf Leistung

[1] RGZ. Bd. 71, S. 85.

von Schadenersatz. Nach dem Prinzip der Naturalrestitution (§ 249) ist der Zustand wieder herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Man kann also aus unerlaubter Handlung einen Unterlassungsanspruch nur insoweit herleiten, als die Unterlassung lediglich als Ersatz des angerichteten Schadens erscheint. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn die unerlaubte Handlung bleibende Folgen hinterlassen hat, die durch die Unterlassung zu beseitigen sind[1].

Die Unterlassungsklage ist daher zulässig, soweit durch die unerlaubte Handlung im Hinblick auf die Wiederholungsgefahr ein Zustand der Beunruhigung geschaffen wird, der zwar keinen positiven Vermögensnachteil darstellt, aber jedenfalls eine wirtschaftliche oder moralische Schädigung. Durch die Unterlassungsklage würde dann die Beseitigung dieser Beunruhigung als die Wiederherstellung des Zustandes verlangt werden, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre[2]. Dieser Fall ist z. B. gegeben bei Freiheitsberaubungen, Störungen der Nachbarn durch Bordellbetrieb[3], bei gegen die guten Sitten verstoßenden öffentlichen Urteilen über den Geschäftsbetrieb eines anderen[4] und in ähnlichen Fällen. Die Unterlassung ist hierbei das Mittel, mit dem der durch die Verletzung und die Gefahr ihrer Wiederholung geschaffene Zustand der Beunruhigung beseitigt wird.

Wenn dagegen durch eine unerlaubte Handlung nur ein bestimmter positiver Schaden entstanden ist, ohne daß eine Wiederholungsgefahr besteht, so ist die Unterlassungsklage nicht zulässig und nur für die Schadensersatzklage Raum.

Es bleibt nun noch eine dritte Gruppe von Zuwiderhandlungen, nämlich solche, in denen eine Rechtsverletzung noch nicht

---

[1] Oertmann, DJZ. 1904 S. 622; ders. Recht der Schuldverhältnisse, S. 937; Lehmann, S. 223; Stephan, S. 154; Dernburg, Bd. 2, 2. Abtl., S. 722; Cosack, Bd. 1, S. 610; Lau, S. 505, 508; Kohler bei Holtzendorff-Kohler, Bd. 1, S. 651; Crome, Bd. 2, S. 1075 Anm. 12; Staudinger, Bd. 2, 2. Teil, S. 1414.

[2] Lehmann, S. 223; Ortmann, DJZ. 1904 S. 622.

[3] RGZ. Bd. 57, S. 239.

[4] JW. 1905 S. 20 Nr. 19.

wirklich stattgefunden hat, sie vielmehr erst durch Drohungen, vorbereitende Handlungen und ähnliche Maßnahmen angekündigt ist. In diesem Falle will Oertmann den Unterlassungsanspruch, da er nur präventiv sei, ausschließen und nur aus einem etwa vorhandenen absoluten Recht gewähren[1]; man wird jedoch in diesem Falle einen Anspruch auf Unterlassung der Androhungen usw. geben können, da durch diese ebenfalls ein Zustand der Beunruhigung hervorgerufen wird[2].

Fassen wir noch eine andere Möglichkeit ins Auge. Angenommen, es läge der Fall des § 824 Absatz 2 BGB. vor, d. h. Y. habe die Unwahrheit seiner Behauptung nicht gekannt, und er oder der Empfänger der Mitteilung hätten ein berechtigtes Interesse an ihr; in diesem Falle ist Y. nicht zum Schadensersatz verpflichtet. Wie ist es aber mit der Unterlassung? Kann X. auch hier auf Unterlassung klagen, da er doch sicherlich ein Interesse an dem Unterbleiben weiterer Äußerungen hat?

Das Reichsgericht[3] bejaht diese Frage mit der Begründung, aus der Ausschließung der Pflicht zum Schadensersatze beim Vorliegen berechtigter Interessen sei nicht zu folgern, daß auch die Klage auf Unterlassung ausgeschlossen sei.

Derselben Ansicht ist Kohler[4]; er folgert aus der im Falle des § 824 Absatz 2 eintretenden Ausschließung des Schadensersatzanspruches, „daß auf die Unterlassungspflicht fürder unbeschränkt die gewöhnlichen Regeln gelten".

Dagegen ist einzuwenden, daß aus der Nichterwähnung der Unterlassungsklage doch auf keinen Fall trotzdem auf ihre Existenz geschlossen werden darf. Im Gegenteil, wenn das Gesetz im Absatz 2 des § 824 ausdrücklich bestimmt, daß unter den dort angegebenen Voraussetzungen die Schadensersatzpflicht ausgeschlossen ist, so folgt daraus, daß dann auch der Unterlassungsanspruch ausgeschlossen ist, da er ja nach Ansicht des Reichsgerichts und auch Kohlers selbst sich aus der Pflicht zum Schadensersatze ergibt[5]. Es ist richtig, daß gerade in diesem

[1] Recht der Schuldverh., S. 937; DJZ. 1904, S. 622.
[2] Lehmann, S. 224.
[3] RGZ. Bd. 61, S. 366.
[4] Goltdammers Archiv, Bd. 47, S. 151 ff.
[5] Lau, S. 504.

Falle ein besonderes Bedürfnis für einen Unterlassungsanspruch besteht. Doch gibt es nach dem bestehenden Recht kein Mittel, diesem Bedürfnis entgegenzukommen.

Setzen wir jetzt den andern Fall: Y habe die Unwahrheit seiner Angaben nicht gekannt, ohne daß ihm Fahrlässigkeit zur Last gefallen sei. In diesem Falle liegt keine unerlaubte Handlung vor, sondern lediglich eine objektiv rechtswidrige Verletzung. Wie kann man in diesem Falle eine Unterlassungsklage begründen?

Die Antwort darauf kann nur lauten: lediglich, soweit ein absolutes Recht in Betracht kommt.

Lehmann allerdings will auch nicht bei jedem absoluten Recht eine Unterlassungsklage gewähren. Da das Bürgerliche Gesetzbuch bei absoluten Rechten nur in bestimmten Fällen einen Unterlassungsanspruch ausdrücklich gewähre (§§ 12, 862, 1004 usw.), während im § 241 dem durch eine relative Norm Begünstigten allgemein ein Anspruch erteilt werde, folgert er daraus, daß nicht durch jede absolute Norm dem Begünstigten ein Klagerecht auf Unterlassung schlechtweg gewährt sei[1]. Er will daher einen Unterlassungsanspruch auf Grund absoluter Rechte nur gewähren:

1. wenn das Gesetz einen Unterlassungsanspruch gegen jedermann ausdrücklich verleihe, z. B. §§ 1, 3, 14, 16 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb,
2. wenn es eine Klage auf Unterlassung gegen jedermann anerkenne, z. B. §§ 12, 862, 1004 BGB.,
3. wenn eine durch absolute Normen begründete günstige Stellung sich im Sinne des Gesetzes zweifelsfrei als subjektives Privatrecht, als Darfrecht, als Ausschlußrecht charakterisieren lasse, z. B. beim Patentrecht und ähnlichen Rechten.

Bei Lösung der Frage, ob die Rechtsordnung im einzelnen Falle ein Ausschlußrecht habe verleihen wollen, will Lehmann allerdings eine sehr weitgehende Analogie zulassen.

Dieser Annahme Lehmanns von den Unterlassungsansprüchen aus absoluten Rechten kann jedoch nicht beigestimmt werden. Das Wesen der absoluten Rechte besteht eben darin, daß sie

[1] Lehmann, S. 119—122.

sich Einwirkungen dritter gegenüber stets negativ äußern, daß sie dritte von unseren Gütern ausschließen, und diese negative Reaktion äußert sich in der dem Berechtigten gewährten Klage auf Unterlassung[1]. Tatsächlich gibt auch die Praxis übereinstimmend bei absoluten Rechten dem Verletzten die Unterlassungsklage; das Gesetz spricht bei einzelnen absoluten Rechten nur deshalb nicht von dem Unterlassungsanspruch, weil es eine ausdrückliche Gewährung für überflüssig hält, nicht, weil es ihn ausschließen will. Es ist also nicht nötig in so weitem Umfange zur Analogie seine Zuflucht zu nehmen, wie Lehmann will.

Dasjenige absolute Recht nun, das uns die Möglichkeit für die Begründung eines Unterlassungsanspruches in dem von uns angenommenen Falle gibt, ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das „Recht auf Wahrung der sozialen Stellung des einzelnen“[2]. Allerdings ist das Dasein des Persönlichkeitsrechtes ebenso bestritten wie sein Umfang[3].

Das Dasein des Persönlichkeitsrechtes ergibt sich nicht, wie Eltzbacher meint, daraus, daß an die Verletzung der Rechtsgüter des Lebens, des Körpers usw. eine Schadenersatzpflicht geknüpft wird; denn daraus folgt noch nicht, wie oben ausgeführt ist, der Rechtscharakter.

Wenn auch das Bürgerliche Gesetzbuch das Persönlichkeitsrecht nirgends ausdrücklich erwähnt, so kann man doch indirekt aus § 823 folgern, daß es ein solches anerkennt[4]. Wenn im § 823 Absatz 1 die Rechtsgüter des Lebens, des Körpers usw. mit dem Eigentum und den sonstigen Rechten zusammengestellt werden — der Begriff sonstiges Recht ist mit der herrschenden

[1] Regelsberger, Bd. 1, S. 205; Crome, Bd. 1, S. 167; Planck, Bd. 1, S. 52; Leonhard, allgem. Teil, S. 191.

[2] Dernburg, Bd. 1, S. 51, Anm. 4.

[3] Für ein Persönlichkeitsrecht z. B.: Regelsberger, Bd. 1, S. 198; Windscheid, Bd. 1, S. 174; Dernburg, Bd. 1, S. 151; Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, S. 702 ff.; ders. bei Holtzendorff-Kohler, Bd. 1, S. 475 ff.; Kohler bei Holtzendorff-Kohler, Bd. 1, S. 587; Eltzbacher, Handlungsfähigkeit, Bd. 1, S. 304; dagegen: Cosack, Bd. 1, S. 602; Crome, Bd. 1, S. 168; Enneccerus, Bd. 1, S. 98, 1135; Kipp bei Windscheid, Bd. 1, S. 174, Anm. 1; Planck, Bd. 1, S. 57.

[4] Lehmann, S. 128.

Ansicht als subjektives Privatrecht aufzufassen —, so ergibt sich daraus zwar nicht der Charakter der genannten Rechtsgüter als absoluter Rechte; denn bei genauer Ausdrucksweise kann man vom Leben nicht als von einem Rechte sprechen, sondern höchstens von einem Rechte zum Leben[1]; ebenso steht es mit Gesundheit, Freiheit usw. Faßt man jedoch diese einzelnen Rechtsgüter auf als die einzelnen Seiten eines umfassenden Rechtes, desjenigen am Genusse der eigenen Person, eben des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes, so ergibt sich durch die Zusammenstellung mit dem Eigentum und den sonstigen Rechten sowie durch den Gegensatz zu den nur nach Absatz 2 geschützten Interessen, daß das Gesetz das allgemeine Persönlichkeitsrecht als absolutes Recht anerkennt. Da nun jedenfalls ein praktisches Bedürfnis für eine solche Auslegung besteht, so wird man sich für sie zu entscheiden haben, umsomehr, da die zweite Kommission es als feststehend betrachtete, daß „die heutige Wissenschaft ein persönliches Recht im weiteren Sinne annehme“[2].

Ist also auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche ein allgemeines Persönlichkeitsrecht anzuerkennen, so ist damit selbstverständlich über seinen Inhalt noch nichts gesagt[3]; wie jede Rechtsordnung den Inhalt von Eigentum und Miete frei bestimmen kann[4], so ist es ihr auch überlassen, welchen Inhalt sie dem Persönlichkeitsrechte geben will. Dieser ergibt sich erst aus den Vorschriften des positiven Rechtes; es ist daher unzulässig, aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrechte besondere Individualrechte an äußeren körperlichen Gütern zu entnehmen, ohne daß das Gesetz dafür einen Anhalt bietet, z. B. das Recht am eigenen Bilde[5].

Mit der Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes gelangt man aber auch zur Anerkennung des Rechtes auf Ehre als einer einzelnen Richtung des Persönlichkeitsrechtes. Man wird zwar ebensowenig wie von einem absoluten Rechte

---

[1] Enneccerus, Bd. 1, S. 1136.
[2] Prot., Bd. 6, S. 200.
[3] Lehmann, S. 129.
[4] Eltzbacher, Handlungsfähigkeit, Bd. 1., S. 311.
[5] Kohler bei Holtzendorff-Kohler, Bd. 1, S. 587.

auf Leben von einem absoluten Rechte auf Ehre zu sprechen haben (so besonders Gierke, deutsches Privatrecht, Bd. 1, S. 711.) Vielmehr ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht dahin auszudehnen, daß es einen ungestörten Genuß der Ehre gewährleiste[1].

Freilich leugnet das Reichsgericht[2] und mit ihm der größte Teil der Lehrbücher und Kommentare[3] den Rechtscharakter der Ehre. Zur Ansicht des Reichsgerichts stimmt es aber schlecht, wenn es den Kredit, den Erwerb und das Fortkommen als Rechtsgüter bezeichnet, bei deren auch nur objektiv rechtswidriger Verletzung die Unterlassungsklage gegeben sei[4]. Denn die Gewährung der Unterlassungsklage auf Grund lediglich objektiv rechtswidrigen Eingriffs ist ja eben das eigentliche Kennzeichen des absoluten Rechts.

Gegen den hier eingenommenen Standpunkt wird geltend gemacht, die §§ 824, 825 BGB. wären überflüssig, wenn die Ehre Rechtscharakter hätte. Diese Paragraphen betreffen jedoch Spezialfälle, die das Gesetz besonders regeln wollte.

Wenn man sich ferner darauf beruft, daß die Ehre in der ersten Fassung des § 823 Absatz 1 neben den Rechtsgütern des Lebens usw. aufgeführt, später aber gestrichen worden sei, so wird damit den Materialien des Gesetzes viel zu große Bedeutung beigemessen. Maßgebend für die Auslegung ist allein das Gesetz, so wie es uns vorliegt, nicht, was die Herausgeber gedacht und geäußert haben.

Gerade in heutiger Zeit wird die Ehre im politischen und sozialen Kampfe häufig angetastet, und der Schutz durch die Strafklage allein versagt nur zu oft. Im Hinblick auf dieses praktische Bedürfnis wird sich gegen eine Ausdehnung des Persönlichkeitsrechtes in der oben erwähnten Richtung nichts einwenden lassen. Dafür spricht auch der Umstand, daß das Namensrecht durch § 12 BGB. geschützt ist, denn es handelt sich beim

[1] Lehmann, S. 129.

[2] RGZ. Bd. 51, S. 372; Bd. 58, S. 28; Bd. 60, S. 5.

[3] Oertmann, S. 942; Planck, Bd. 2, S. 971; Cosack, Bd. 1, S. 602; Crome, Bd. 2, S. 1017, 1030; Enneccerus, Bd. 1, S. 1136; wie im Text Dernburg, Bd 2, 2. Abtl., S. 700, 723; Endemann, Bd. 1, S. 1262.

[4] ERG. i. Z., Bd. 60, S. 8; Bd. 61, S. 369.

Namen schließlich auch oft um einen Ehrenpunkt[1], ferner der § 14 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, der dem Gewerbetreibenden bei Angriffen auf seine Geschäftsehre einen Unterlassungsanspruch gibt[2].

Was die sonstigen Voraussetzungen der Unterlassungsklage aus absoluten Rechten betrifft, so ist in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung anzunehmen, daß die Voraussetzungen der im Bürgerlichen Gesetzbuche besonders normierten Unterlassungsklagen (§ 12 usw.) auf alle absoluten Rechte im Wege der Analogie auszudehnen sind.

Die Unterlassungsklage setzt also zunächst die Verletzung des Rechtes voraus.

Hellwig[3] behauptet, daß auch ohne vorausgegangene Rechtsverletzung die Unterlassungsklage zulässig sei. Er gelangt dazu auf folgende Weise: Nach § 259 ZPO. könne Klage auf künftige Leistung erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt sei, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Da nun die Unterlassungsklage immer nur Klage auf künftige Leistung sein könne, so sei sie nur nach § 259 ZPO. geltend zu machen. Hellwig kommt also zu dem Ergebnis, daß die Klage auf künftige Unterlassung dann zulässig sei, wenn Besorgnis bestehe, daß der Schuldner seiner Unterlassungspflicht zuwiderhandeln werde, mit anderen Worten schon dann, wenn die Zuwiderhandlung nur angekündigt oder vorbereitet werde. Die strengeren Voraussetzungen für die Unterlassungsklage, die das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 12, 862, 1004 festsetzt, betrachtet Hellwig als durch die weitergehende Bestimmung des § 259 ZPO. aufgehoben. Sie seien nur deshalb stehen geblieben, weil die Revision der Zivilprozeßordnung und die Einstellung des § 259 erst nach Abschluß des Bürgerlichen Gesetzbuches stattgefunden habe.

Der Ansicht Hellwigs hat sich angeschlossen Seuffert[4].

---

[1] Dernburg, in JW. 1905, S. 162.

[2] Lehmann, S. 130.

[3] Hellwig, Anspr. und Klagr., S. 6, 26, 27, Anm. 8, 125, 351, 388 ff.; Lehrb. Bd. 1, S. 221, Anm. 45, S. 373 ff.

[4] Seuffert, Bd. 1, S. 391.

Gegen Hellwig wendet sich Siber[1], der ihn aber insofern falsch versteht, als er annimmt, daß Hellwig den Kreis der zivilistischen Unterlassungsansprüche durch § 259 ZPO. habe erweitern wollen. Hellwig trennt jedoch genau die materiellen und prozessualen Klagevoraussetzungen[2] und spricht klar aus, daß § 259 nur die prozessualen Voraussetzungen regele, während außerdem in jedem Falle das Bestehen einer zivilistischen Verpflichtung zur Unterlassung vorausgesetzt werde[3].

Zunächst kann es bei der Anwendung des § 259 ZPO. fraglich sein, in welchem Sinne das Wort „Leistung" zu verstehen ist, ob es nur etwas Positives bezeichnet oder ob die Leistung auch in einem Unterlassen bestehen kann, wie es im § 241 BGB heißt.

Stein[4] entscheidet sich für die erste Möglichkeit und leugnet daher überhaupt die Anwendbarkeit des § 259 auf Unterlassungsklagen. Doch wird man sich im Hinblick auf § 241 BGB. für die zweite Alternative entscheiden müssen, da § 259 ZPO. nach § 241 BGB. entstanden ist[5].

Aber die Theorie Hellwigs ist aus anderen Gründen unbedingt abzulehnen. Mit Rücksicht auf § 1 EG. BGB. ist es sehr bedenklich, dem § 259 ZPO. gegenüber den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches derogierende Kraft zuzuschreiben; vielmehr ist anzunehmen, wenn wirklich § 259 auf Unterlassungen Anwendung finden soll, daß die genannten Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches als die spezielleren Gesetze der allgemeinen Norm des § 259 vorgehen[6].

Ferner ist die Behauptung Hellwigs falsch, der Unterlassungsanspruch sei stets auf ein zukünftiges Verhalten gerichtet und daher § 259 ZPO. der einzige Weg ihn geltend zu machen. Denn es trifft z. B. nicht zu, daß die Verpflichtung zu einem dauernden Unterlassen zu keiner Zeit eine gegenwärtige sei, sondern stets nur in der Zukunft liege. Vielmehr ist jeder

[1] Siber, S. 109. (Ebenso anscheinend Stephan, S. 161.)
[2] Lehrb., Bd. 1, S. 150.
[3] Lehrb., Bd. 1, S. 373.
[4] Stein, S. 119.
[5] Stephan, S. 63.
[6] Stein, S. 120.

Anspruch auf Unterlassen, soweit er bereits fällig ist, auf ein gegenwärtiges und nur im übrigen auf ein zukünftiges Unterlassen gerichtet[1]. Damit ist auch die von Hellwig gezogene Konsequenz, daß der Unterlassungsanspruch nur nach § 259 ZPO. geltend gemacht werden könne, unhaltbar geworden.

Schließlich spricht gegen Hellwigs Ansicht noch die folgende Erwägung. Er geht von der von Windscheid aufgestellten und anfänglich vielfach gebilligten Meinung aus, daß in dem absoluten Rechte eine Vielheit von Ansprüchen negativen Inhalts enthalten sei, die von der Begründung des absoluten Rechtes an vorhanden seien[2]. Auf eine ausführliche Widerlegung dieser Theorie muß hier verzichtet werden. Es sei nur angeführt, daß das Bürgerliche Gesetzbuch im § 194 ausdrücklich zum Anspruchsbegriff „einen anderen" fordert, gegen den sich der Anspruch richtet. Ferner spricht gegen die Ansprüche gegen jedermann, daß die über Ansprüche im allgemeinen gegebenen Vorschriften auf sie keine Anwendung finden können. Wenn Hellwig dagegen sich darauf beruft, Zession und Kompensation gebe es auch bei obligatorischen Unterlassungsansprüchen nicht[3], so gilt das doch nur für Kompensation, aber nicht für Zession[4]. Demgemäß nimmt auch die herrschende Meinung mit Recht an, daß aus einer Eigenschaft des absoluten Rechtes, die schon aus seinem Wesen hervorgehe, ein neues subjektives Recht nicht geschaffen werden dürfe[5].

Damit ist auch die obige Theorie Hellwigs gefallen. Denn da ein Anspruch aus einem absoluten Rechte nicht von vornherein gegen jedermann besteht, sondern erst mit der Zuwiderhandlung entsteht, das Klagerecht aber nach Hellwig auch ohne Zuwiderhandlung, so gäbe es also ein Klagerecht ohne zugrundeliegenden Anspruch, was aber nicht nur an sich ein Unding ist,

[1] Langheineken, Anspr. und Einrede, S. 248 ff., 261; Lehmann S. 93.

[2] Hellwig, Anspr. und Klagr., S. 25; Lehrb. Bd. 1, S. 201; Windscheid, Bd. 1, S. 184; Cosack, Bd. 1, S. 264; Langheineken, Anspr. usw., S. 8 ff.; Lehmann, S. 107.

[3] Lehrb., Bd. 1, S. 201 Anm. 9.

[4] Kipp bei Windscheid, Bd. 1, S. 184.

[5] Crome, Bd. 1, S. 179; Enneccerus, Bd. 1, S. 508; Endemann, Bd. 2, S. 9; Kipp bei Windscheid, Bd. 1, S. 184; Kohler, Bd. 1, S. 174; Planck, Bd. 1, S. 52; Regelsberger, Bd. 1, S. 213.

sondern auch dem § 259 ZPO. direkt widerspricht, der ausdrücklich einen „Schuldner" erwähnt[1]. Es ist also nicht richtig, mit Hellwig aus § 259 ZPO. die prozessualen Klagevoraussetzungen zu entnehmen. Vielmehr hat man sich der herrschenden Meinung anzuschließen, daß in den §§ 12, 862 usw. BGB. zugleich die prozessualen Voraussetzungen bestimmt seien. Dem steht nicht im Wege, daß sie im Bürgerlichen Gesetzbuch, einem Gesetze materiellrechtlichen Inhalts, enthalten sind, wie Hellwig selbst zugibt[2].

Eine weitere Voraussetzung der Unterlassungsklage ist die Wiederholungsgefahr.

Das Gesetz erwähnt sie zwar nicht bei allen Unterlassnngsklagen ausdrücklich, z. B. kann nach § 1134 BGB. der Hypothekengläubiger auf Unterlassung klagen, wenn der Eigentümer oder ein Dritter in solcher Weise auf das Grundstück einwirkt, daß eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks zu besorgen ist. Von einer Gefahr weiterer Einwirkungen ist hier ebensowenig die Rede, wie in den §§ 1, 3, 14, 16 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, wo nur die unlauteren Wettbewerbshandlungen erwähnt werden. Dasselbe ist der Fall im § 37 HGB. und den §§ 550, 577, 1053 BGB. Hieraus ist jedoch nicht zu schließen, daß in diesen Fällen eine Wiederholungsgefahr nicht erforderlich sei. Vielmehr ist die Erwähnung dieses Erfordernisses lediglich deswegen unterblieben, weil es zwecklos wäre eine Unterlassungsklage dann zu gewähren, wenn eine Gefahr, daß sich die Verletzungen in Zukunft wiederholen, überhaupt nicht vorliegt[3]. Es ist denn auch in Theorie und Praxis fast allgemein anerkannt, daß die Wiederholungsgefahr Voraussetzung der Unterlassungsklage ist.

Allerdings werden die Fälle verhältnismäßig selten sein, in denen sie von vornherein ausgeschlossen ist. Hat jemand erst einmal das Recht eines andern verletzt, so kann man, wenn ihm nur eine weitere Verletzung überhaupt noch möglich ist, die

---

[1] Stephan, S. 71.

[2] Hellwig, Lehrb., Bd. 1, S. 150 Anm. 1.

[3] Stephan, S. 130.

Wiederholungsgefahr als gegeben ansehen, sofern sie nicht durch besondere Umstände ausgeschlossen wird [1].

Ein Beispiel gibt ein von Stephan und Lehmann mitgeteiltes Urteil des Oberlandesgerichts in Kiel vom 4. März 1898. Gegenüber einer Klage auf Unterlassung von Ankündigungen, die gelegentlich eines Ausverkaufs veröffentlicht worden waren und gegen das Wettbewerbsgesetz verstießen, machte der Beklagte geltend, die Klage sei unbegründet, da der Ausverkauf eingestellt sei und er außerdem sein Geschäft ganz aufgegeben habe. Das Gericht verwarf diesen Einwand jedoch, da es nicht ausgeschlossen erscheine, daß der Beklagte ein neues Geschäft begründe, und daher die Gefahr einer Wiederholung nicht beseitigt sei.

B. Das Ziel der Unterlassungsklage.

Das Ziel der Unterlassungsklage ergibt sich aus § 890 ZPO.: Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Prozeßgericht erster Instanz zu einer Geldstrafe bis zu 1500 Mark oder zur Strafe der Haft bis zu 6 Monaten zu verurteilen. Das Maß der Gesamtstrafe darf zwei Jahre Haft nicht übersteigen.

Der Verurteilung muß eine Strafandrohung vorausgehen, welche, wenn sie in dem die Verpflichtung aussprechenden Urteile nicht enthalten ist, auf Antrag von dem Prozeßgericht erster Instanz erlassen wird.

Auch kann der Schuldner auf Antrag des Gläubigers zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlungen entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit verurteilt werden.

Die Unterlassungsklage geht also zunächst auf ein Unterlassungsgebot, nicht auf eine Feststellung [2]. Dies wird von

---

[1] Stephan, S. 131; Lehmann, S. 125; Fuld, S. 262; Eltzbacher, Unterlassungsklage, S. 186.

[2] Hellwig, Anspr. u. Klagr., S. 392; Lehrb., Bd. 1, S. 374 ff; Hellmann, in Iher. Jahrb., Bd. 31, S. 123; Langheineken, Urteilsanspr., S. 210; Gaupp-Stein, Bd. 1, S. 542; Weismann, S. 133; RGZ. Bd. 25, S. 378.

manchen bestritten, die ein auf Unterlassung von Beeinträchtigungen lautendes Urteil lediglich als ein Feststellungsurteil betrachten[1]. Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden.

Zunächst spricht die äußere Formulierung dagegen[2]. Der Urteilstenor einer Feststellungsklage würde lauten: Es wird festgestellt, daß der Beklagte schuldig ist zu unterlassen; dagegen lautet das Urteil aus einer Verurteilungsklage: Der Beklagte wird verurteilt zu unterlassen. Diese äußere Form ist nicht, wie Wach[3] annimmt, für vollkommen bedeutungslos zu halten. Verschieden sind bei beiden Klageformen ferner die Klagevoraussetzungen. Die Feststellungsklage erfordert den Nachweis eines rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung (§ 256 ZPO.), die Unterlassungsklage dagegen eine bereits erfolgte Rechtsverletzung und die Besorgnis weiterer Zuwiderhandlungen. Beide Voraussetzungen können allerdings zusammenfallen, doch ist dies nicht unbedingt nötig; z. B. kann die Bestreitung des Anspruches die Feststellungsklage begründen, aber nicht die Verurteilungsklage, solange nämlich noch keine Zuwiderhandlung erfolgt ist[4].

Ein zweiter Unterschied zwischen beiden Klageformen ist der, daß die Feststellungsklage keiner Vollstreckung fähig ist, während die Zivilprozeßordnung im § 890 eine Zwangsvollstreckung zur Einwirkung von Unterlassungen kennt.

Von einigen wird allerdings bestritten, daß Leistungs- und Feststellungsurteil dadurch zu unterscheiden seien, daß das erste stets, das zweite nie vollstreckbar sei; namentlich behauptet Wach[5], bei der Unterlassungsklage könnten sowohl Leistungs- wie Feststellungsurteil Vollstreckungstitel nach § 890 ZPO. bilden und eine Strafdrohung in sich aufnehmen (ähnlich Kohler, Prozeßrechtl. Forsch., S. 64 Anm. 1). Damit wird jedoch die verschiedene Rechtskraft der Feststellungs- und Verurteilungsklage

---

[1] Fischer, S. 79; Wach, Feststellungsanspr., S. 40; Kohler, Prozeßr. Forsch, S. 63; Hölder, Komm., S. 412; ders. in Buschs Ztschr., Bd. 29, S. 53; in Iherings Jahrb., Bd. 46, S. 307 und Bd. 51, S. 356 ff.

[2] Kisch, S. 18 ff.; bes. Anm. 19.

[3] Wach, Feststellungsanspr., S. 34, im Gegensatz z. Handb., Bd. 1, S. 11.

[4] Stein, S. 124.

[5] Wach, Feststellungsanspr., S. 40.

verkannt. Die Rechtskraft der ersten wird erschöpft durch die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, während durch das Leistungsurteil die Vollstreckung des Anspruchs ermöglicht wird. Das ergeben auch die §§ 257 bis 259 ZPO., die durch die Novelle von 1898 eingefügt sind. Sie geben die Möglichkeit einen künftigen Anspruch schon vor der Fälligkeit einzuklagen. Natürlich kann ein künftiger Anspruch auch Gegenstand einer Feststellungsklage sein. Wäre nun durch die Feststellungsklage über einen künftigen Anspruch, wie Kohler[1] meint, ein vollstreckbarer Titel geschaffen, der in Zukunft zur Vollstreckung gebracht werden könnte, so wären die §§ 257—259 überflüssig; daß dies nicht der Fall sein kann, liegt auf der Hand. Somit ist die Annahme, daß auch das Feststellungsurteil einer Vollstreckung fähig sei, falsch.

Andrerseits wird die Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung bei Unterlassungen geleugnet und behauptet, die Verurteilung zur Sicherheitsleistung und die Strafandrohungen des § 890 ZPO. seien keine Vollstreckungsmaßregeln[2].

Dagegen ist folgendes zu sagen: Um den Schuldner zur Unterlassung anzuhalten und die Zuwiderhandlung zu verhüten, sind zwei Möglichkeiten vorhanden. Zunächst könnte der Schuldner von staatlichen Organen Tag und Nacht überwacht werden, die jede Zuwiderhandlung mit Gewalt unterdrücken würden; dieser Weg ist jedoch praktisch unausführbar und würde außerdem zu einer unbilligen Belastung des Schuldners führen, der vielleicht schon durch die moralische Wirkung des Urteils von der Zuwiderhandlung abgehalten wird. Die Zivilprozeßordnung hat daher im § 890 den zweiten Weg eingeschlagen, Androhung von Geld- oder Haftstrafen, die bei erfolgter Zuwiderhandlung vom Gericht zu verhängen sind. Wenn es sich auch bei der Bestrafung um Reaktion gegen die Zuwiderhandlung handelt, so bildet sie doch wie die Androhung einen Teil der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Unterlassungen. Es ist ja allerdings möglich, daß auch diese Form der Zwangsvollstreckung

---

[1] Kohler, Prozeßrechtl. Forsch., S. 64.

[2] Fischer, S. 81; Hölder, im Arch. f. ziv. Pr., Bd. 93, S. 43; Pagenkemper, S. 21.

einem hartnäckigen Schuldner gegenüber versagt, wenn er z. B. alle Geldstrafen bezahlt, ohne die Zuwiderhandlungen zu unterlassen. In diesem Falle hätte der Gläubiger dann als letzte Möglichkeit die Interesseforderung nach § 893 ZPO. Aber daraus darf man nicht schließen, daß die Unterlassungsklage keiner Zwangsvollstreckung fähig sei [1].

Aus dem Gesagten ergibt sich somit, daß die Unterlassungsklage eine Verurteilungs-, keine Feststellungsklage ist.

Außer auf das Unterlassungsgebot geht die Unterlassungsklage auch auf eine Strafdrohung.

Die rechtliche Natur der Strafe des § 890 ist zweifelhaft und bestritten. Einerseits wird behauptet, die Strafe sei ein Zwangsmittel zum Zwecke der Willensbeugung, eine Ordnungsstrafe, ebenso wie im § 888 ZPO. [2]. Dafür spricht auch, worauf Schultzenstein [3] hinweist, daß sie in verschiedenen Vorschriften des öffentlichen Rechts in diesem Sinne erwähnt wird. Andrerseits nimmt die Mehrzahl der Schriftsteller [4], sowie das Reichsgericht [5] an, die Strafe habe hier den Charakter einer wirklichen Strafe, nicht nur den eines Zwangsmittels, worauf die Ausdrücke „Strafe der Haft" und „Gesamtstrafe" hindeuten sollen. Ob man indessen aus diesen Äußerlichkeiten diesen Unterschied entnehmen kann, erscheint fraglich.

Zweifellos ist es jedenfalls, daß die Strafandrohung nur für den Fall schuldhaften Zuwiderhandelns wirksam ist; ob die Schuld Vorsatz oder Fahrlässigkeit ist, macht dabei keinen Unterschied [6].

Dagegen besteht Streit darüber, ob eine Körperschaft wegen der Zuwiderhandlung eines ihrer Organe mit Strafe belegt werden könne. Sieht man Geld- und Haftstrafe als Zwangsmittel an, so erscheint dies unbedenklich; denn die Handlungen der

---

[1] Wendt, S. 98; Stephan, S. 55.

[2] Eltzbacher, Unterlassungsklage, S. 202; Seuffert, Bd. 2, S. 622.

[3] Buschs Zeitschr., Bd. 35, S. 515.

[4] Vgl. Gaupp-Stein, Bd. 2, S. 742 und die dort Angeführten.

[5] RGZ. Bd. 36, S. 417; Bd. 38, S. 424.

[6] Eltzbacher, Unterlassungsklage, S. 208; Gaupp-Stein, Bd. 2, S. 744; Seuffert, Bd. 2, S. 622; Schultzenstein, a. a. O., S. 521.

Organe gelten eben als Handlungen der Körperschaft[1]. Zweifelhafter ist es, nimmt man den reinen Strafcharakter an. Nach dem geltenden Rechte sind Körperschaften nicht straffähig[2]. Doch wird man die Charakterisierung der Geldstrafe und der Haft als wirklicher Strafen nicht so weit durchführen können, daß man sie einer Körperschaft gegenüber für unanwendbar erklärt, da sonst Unterlassungen und Duldungen einer Körperschaft gegenüber nicht vollstreckbar wären, was dem praktischen Bedürfnisse widerspricht und jedenfalls im Gesetze ausdrücklich erwähnt worden wäre[3].

Was endlich die Sicherheitsleistung betrifft, so setzt nach Absatz 3 die Verurteilung dazu voraus, daß fernere Zuwiderhandlungen zu besorgen sind; darunter sind hier solche zu verstehen, die einer Bestrafung nachfolgen. Die Verurteilung zur Sicherheitsleistung kann daher frühestens mit der ersten Verurteilung zu Geld- oder Haftstrafe erfolgen[4].

---

[1] Seuffert, Bd. 2, S. 623.

[2] v. Liszt, S. 122.

[3] Schultzenstein, S. 519; RGZ. Bd. 43, S. 405; (a. A. Gaupp-Stein, Bd. 2, S. 746.)

[4] Seuffert, Bd. 2, S. 624; Gaupp-Stein, Bd. 2, S. 745; Eltzbacher, S. 212; (a. A. Meyer, Buschs Ztschr., Bd. 15, S. 491: nur Zuwiderhandlung, aber keine Bestrafung erforderlich.)

Lebenslauf.

Am 23. Oktober 1886 wurde ich, Carl Fischer, katholischer Konfession, in Liegnitz geboren.

Von Ostern 1897 ab besuchte ich das Königliche Gymnasium Johanneum (Ritterakademie) zu Liegnitz, das ich am 24. März 1906 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Hierauf studierte ich die Rechte, und zwar an den Universitäten zu München (2 Semester), Kiel (1 Semester) und Breslau (3 Semester).

Am 18. Oktober 1909 bestand ich in Breslau die erste juristische Prüfung und wurde am 9. November 1909 bei dem Königlichen Amtsgericht in Neurode im Eulengebirge als Referendar vereidigt.

Anfang August 1910 wurde ich dem Königlichen Landgericht in Liegnitz zur weiteren Ausbildung überwiesen. Seit dem 1. Oktober 1910 genüge ich meiner militärischen Dienstpflicht bei dem Grenadier-Regiment König Friedrich Wilhelm II. (1. Schles.) Nr. 10 in Schweidnitz.